

Mariusz Zaborowski

Zamówienia publiczne a przedsiębiorca

Ekonomiczne Problemy Usług nr 44, cz. 2, 391-400

2009

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Mariusz Zaborowski¹

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE A PRZEDSIĘBIORCA

Istota zamówień publicznych

Jednym z elementów, który odgrywa wiodącą rolę w polityce budżetowej państwa są zamówienia publiczne. W myśl ustawodawcy zamówienia publiczne winny zapewniać jasny i z założenia efektywny sposób wydatkowania środków publicznych przez jednostki zobligowane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Wydatkowanie środków publicznych za pomocą przetargu, powinno odbywać się w sposób jawny i z zachowaniem uczciwej konkurencji, bez dyskryminacji jakiegokolwiek grupy podmiotów chcących realizować kontrakty na rzecz jednostki zobligowanej do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Zamówienia publiczne w rozumieniu przepisów ustawy to: umowa odpłatna zawierana między zamawiającym (inwestorem) a wykonawcą (przedsiębiorcą), której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W różnych okresach historycznych, jak i koniunktury gospodarczej zamówienia publiczne spełniały różnorodną rolę. Na pewno jednym z głównych zadań systemu zamówień publicznych jest racjonalne wydawanie środków publicznych przez jednostki zobligowane do stosowania ustawy wymienione w art. 3 *Ustawy prawo zamówień publicznych*²:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50%,
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji,
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym,
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

¹ Mgr. Zakład Prawa Gospodarczego, Politechnika Gdańska.

² *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*, Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058.

- 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 1–3a;
- 4) inne niż określone w pkt 1–3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132 a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1–3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
 - a) finansują je w ponad 50%;
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji;
 - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji;
 - d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym;
 - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;
- 5) inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
 - a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a;
 - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
 - c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;
- 6) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie;
- 7) podmioty, którym podmioty określone w pkt 1–3a udzieliły koncesji na roboty budowlane, w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

Wydatkowanie środków publicznych przez jednostki zobligowane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych musi się odbywać na określonych przez ustawodawcę zasadach. Zasady te mają zapewnić jasne, przejrzyste i uczciwe wydatkowanie środków publicznych, jak również udzielenie zamówienia publicznego tylko wykonawcy (przedsiębiorcy) wybranemu zgodnie z przepisami prawa.

- Głównymi i najważniejszymi zasadami ustawy prawo zamówień publicznych są:
- przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
 - równe traktowanie wykonawców (przedsiębiorców) bez względu na ich wielkość, charakter i branżę;
 - przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm;
 - udzielenie zamówienia wykonawcy (przedsiębiorcy) wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Przedsiębiorca w zamówieniach publicznych

Głównym odbiorcą zamówień publicznych, co do zasady jest przedsiębiorca. Dla przedsiębiorcy jedną z głównych funkcji przetargu będzie otrzymanie zamówienia, ale również pewna rywalizacja z innymi przedsiębiorcami o osiągnięcie zamówienia publicznego. Dla zamawiającego przetarg będzie spełniał funkcję kontrolną podmiotów wydatkujących i rozporządzających środkami publicznymi oraz sposób wydatkowania pieniędzy i zawarcia umowy. Z pewnością jedną z ważniejszych funkcji przetargu, jest stymulacja rynku zamówień publicznych, co powinno prowadzić do jak największej konkurencyjności oferowanych dóbr i usług. Równocześnie przetarg wpływać będzie na szereg zachowań się przedsiębiorców jak i całych gałęzi gospodarki.

W ostatnich latach można zauważyć coraz większy udział przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych, zwłaszcza przedsiębiorców branży budowlanej. Jest to spowodowane tym, iż coraz więcej środków przeznaczanych jest chociażby na infrastrukturę drogową. Spowodowane jest to tym, iż w ostatnich latach branża budowlana jest jedną z najdynamiczniej rozwijających się gałęzi gospodarki, a przyczynia się ku temu coraz większe wykorzystywanie środków z funduszy strukturalnych, jak i przyznanie Polsce współorganizacji finałów Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej w 2012 roku. Oczywiście przedsiębiorcy innych branż również coraz mocniej odnajdują się na rynku zamówień publicznych i biorą czynny udział w postępowaniach przetargowych.

Podstawowym pytaniem będzie to, czy uczestnictwo w postępowaniach przetargowych jest dla przedsiębiorców korzystne, czy też nie. Bez wątpienia uczestnictwo w postępowaniach przetargowych będzie jak najbardziej korzystne. Można nawet postawić tezę, iż brak uczestnictwa przedsiębiorcy w rynku zamówień publicznych nie pozwoli mu na rozwój i zepchnie takiego przedsiębiorcę na margines życia gospodarczego. Oczywiście osiągnięcie korzyści z zamówień publicznych dla przedsiębiorcy wiąże się też z wieloma różnymi problemami, wyrzeczeniami i zmianami w przedsiębiorstwie. Równocześnie przedsiębiorcy będą napotykali na różnego rodzaju bariery. W ocenie autora główną barierą dla przedsiębiorcy w osiągnięciu sukcesu w zamówieniach publicznych jest on sam. Wbrew poglądom A. Borowca³, autor uważa, iż dostęp np. sektora MSP do zamówień publicznych nie jest ograniczony w taki sposób o którym moglibyśmy mówić – dyskryminacja. Zagrożeniem przepisów ustawy w stosunku do małych i średnich przedsiębiorstw nie jest np. brak obowiązku stosowania ustawy w zamówieniach o wartości poniżej 14.000 euro, gdyż takie zamówienia i tak z reguły są zlecane właśnie małym lub średnim przedsiębiorstwom, gdyż dużych przedsiębiorstw tak niskie kontrakty nie interesują. Identyfikacja ma się sprawa z dostępem do internetu. Trudno również mówić, iż zagrożeniem ustawy w stosunku do małych i średnich przedsiębiorstw jest konieczność częstego używania internetu w celu pozyskiwania informacji o zamówieniach publicznych⁴. W dobie informatyzacji stwierdzenie, iż mali i średni przedsiębiorcy mają z tytułu informatyzacji ograniczony dostęp do zamówień publicznych co jest równoznaczne z barierą, jest nie na miejscu. Większość przedsiębiorców sektora MSP posiada dostęp do internetu, a gdy takiego dostępu nie ma, to na pewno nie jest to bariera stworzona przez ustawodawcę. Jedyną barierą, o której można mówić jest brak zaangażowania przedsiębiorców tego sektora w poszukiwaniu zamó-

³ A. Borowiec, *Zamówienia publiczne jako instrument wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Poznań 2008 s. 74.

⁴ *Ibidem*, s. 74–75.

wień. Na pewno tego rodzaju problemy przedsiębiorców nie są wynikiem podjętych działań ustawodawcy.

Zamówienia publiczne z pewnością mają bardzo duży wpływ na przedsiębiorców, którzy biorą udział lub chcą wziąć udział w rynku zamówień publicznych. Zamówienia publiczne w pewien sposób wymuszają na przedsiębiorcy różnego rodzaju działania i przystosowanie się do wymogów ustawowych i zamawiającego. Paradoksalnie zamówienia publiczne mają stymulującą rolę w życiu przedsiębiorcy. Niezbędne zatem będzie podjęcie takich działań przez przedsiębiorcę zmierzających do konkurencyjności jego dóbr czy usług. Zmiany takie mogą dotyczyć restrukturyzacji całego przedsiębiorstwa, zatrudnieniu nowych pracowników-fachowców, zakupu nowych maszyn, technologii, inwestowania we własnych pracowników podnosząc ich kwalifikację, aby sprostać wymogom uczestnictwa w przetargach stawianych przez zamawiających⁵.

Udział przedsiębiorców w rynku zamówień publicznych z pewnością wpływa nie tylko na osiągnięcie wymiernych korzyści finansowych, ale także na rozwój przedsiębiorstwa poprzez inwestowanie w nie i stawanie się coraz lepszym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, co powodować będzie możliwy jeszcze większy udział w tym rynku i w coraz bardziej skomplikowanych postępowaniach przetargowych.

By brać udział w zamówieniach nie trzeba od razu dysponować wielkim doświadczeniem i zapleczem, zwłaszcza, że rozwiązania ustawowe pozwalają na wzięcie udziału w przetargach także tym przedsiębiorcom, którzy nie dysponują potencjałem technicznym lub ludzkim.

Rynek zamówień publicznych

Jak ważnym jest i może być rynek zamówień publicznych dla przedsiębiorcy świadczyć na pewno będą dane z rocznych sprawozdań dotyczących udzielonych zamówień. Wartość rynku zamówień publicznych w 2007 roku wynosiła około 103,1 mld złotych, gdzie wartość ta w roku 2006 wynosiła 79,6 mld złotych, a więc jest to wzrost o około 30%⁶. Jak ewaluował rynek zamówień publicznych w Polsce w ostatnich latach i jak jest dynamiczny, świadczyć może fakt w jakim tempie odbywa się wzrost wartości rynku zamówień publicznych na przestrzeni ostatnich lat. W 2006 roku, wartość zamówień publicznych wyniosła 79,6 mld zł. Oznacza to wzrost wartości rynku zamówień o około 17% w stosunku do roku 2005. Dla porównania wartość zamówień publicznych oszacowana w roku 2005 wynosiła 68,1 mld zł a w roku 2004 około 48 mld zł (rys. 1).

Natomiast oszacowana wartość zamówień publicznych stanowiła ponadto ok. 8,9% produktu krajowego brutto (PKB) z roku 2007⁷.

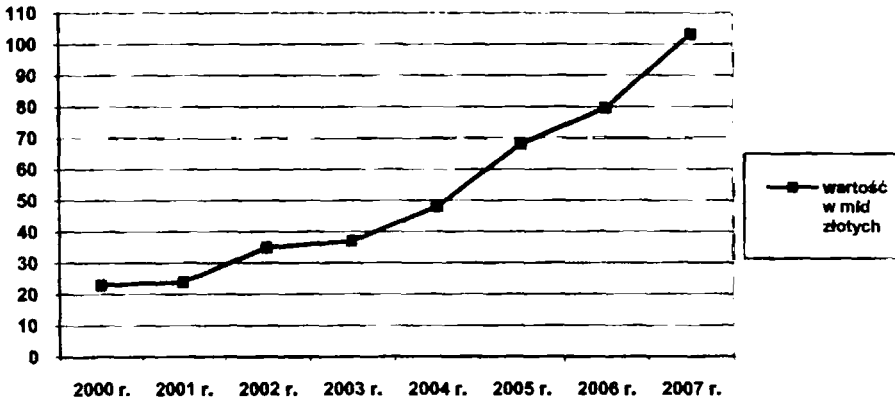
Jak ogromnym rynkiem są zamówienia publiczne świadczyć może to, iż w ocenie urzędu zamówień publicznych w sprawozdaniu za rok 2007, liczba wykonawców, którzy otrzymali zamówienie publiczne kształtowała się na poziomie około 50 000 tys. przedsiębiorstw. To pokazuje jakim ważnym elementem w działalności przedsiębiorstw są zamówienia publiczne. Równocześnie biorąc pod uwagę nadciągający kryzys gospo-

⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 188, poz. 1155).

⁶ Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień w Polsce w 2007 roku*, Warszawa 2007, s. 56.

⁷ Według szacunków GUS produkt krajowy brutto (PKB) w 2007 r. (w cenach bieżących) ukształtował się na poziomie 1.162,9 mld zł, „Biuletyn Statystyczny” 2008, nr 2.

darczy, potencjalnych chętnych do wzięcia udziału w zamówieniach publicznych i otrzymania kontraktu z zamówień będzie jeszcze więcej przedsiębiorców niż w latach ubiegłych.



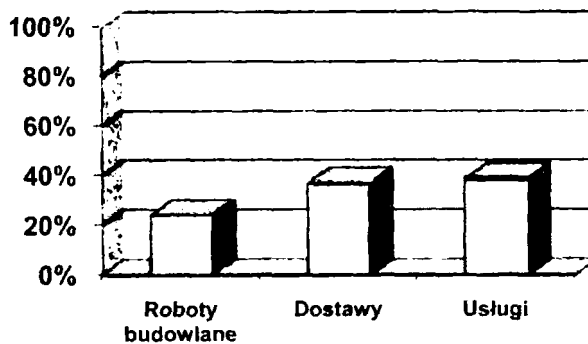
Rysunek 1. Wartość rynku zamówień publicznych w latach 2000-2007 roku (wartość oszacowana na podstawie ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych).

Źródło: Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2007 roku.

W 2007 roku największą wartość udzielonych zamówień publicznych stanowiły kontrakty dotyczące robót budowlanych około 51% wartości udzielonych zamówień publicznych. Natomiast przełożyło się to tylko na 24% udzielonych zamówień publicznych (rys. 2). Pokazuje to jak duża wartość kontraktów dotyczy robót budowlanych i jak jest to atrakcyjne dla przedsiębiorców. Jednak odsetek kontraktów dotyczących robót budowlanych udzielonych w zamówieniach publicznych w roku 2007 w stosunku do lat ubiegłych zmalała.

Kontrakty dotyczące dostaw w roku 2007 osiągnęły 37% ogólnej liczby udzielonych zamówień publicznych i stanowiło to około 23% wydatkowanych środków.

Natomiast kontrakty dotyczące usług w roku 2007 osiągnęły 39% ogólnej liczby udzielonych zamówień publicznych i stanowiło to około 26% wydatkowanych środków⁸.



Rysunek 2. Struktura postępowań w podziale na rodzaj zamówienia w 2007 roku.

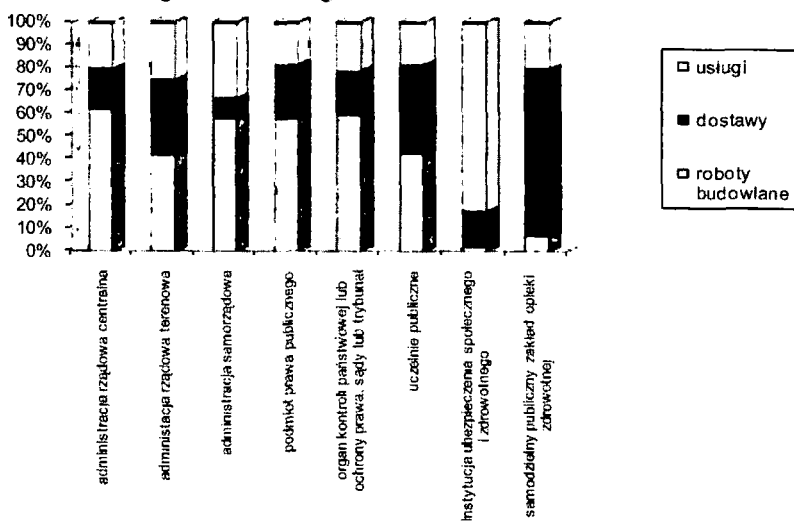
Źródło: Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień w 2007 roku.

⁸ Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień w Polsce w 2007 roku, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, s. 58.

Analizując wartości udzielonych zamówień, warto również przyjrzeć się jak wyglądała struktura udzielonych zamówień w 2007 roku przez niektórych zamawiających i jak rozkładał się podział na branże (rys. 3). Jak można zauważyć udział przedsiębiorców różnych branż będzie zdecydowanie inny, także ze względu na profil zamawiającego. Aczkolwiek zauważalne jest to, iż w większości największy udział mają przedsiębiorcy branży budowlanej z wyłączeniem grup zamawiających instytucji ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, jak i samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej.

Największy udział zamówień publicznych zakontraktowanych przez niektórych zamawiających wyglądał następująco:

- zamówień na dostawy w roku 2007 udzieliła grupa związana ze służbą zdrowia,
- zamówień na roboty budowlanych w roku 2007 udzieliła administracja samorządowa,
- zamówień na usługi w roku 2007 udzieliły instytucje ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.



Rysunek 3. Wartość zakontraktowanych robót budowlanych, dostaw i usług przez niektóre grupy zamawiających.

Źródło: *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień w 2007 roku.*

Wszystko to pokazuje jak ważnym i atrakcyjnym jest rynek zamówień publicznych dla przedsiębiorcy i jakie możliwości stoją przed przedsiębiorcą chcącym aktywnie brać udział w rynku zamówień publicznych. Rynek zamówień publicznych rozwija się bardzo dynamicznie i z roku na rok jego wartość stale rośnie. Wydaje się, iż w sytuacji nadchodzącego kryzysu gospodarczego dla większości przedsiębiorców rynek zamówień publicznych stanie się podstawą w osiągnięciu obrotów w swoim przedsiębiorstwie. Dotyczyć to będzie nie tylko przedsiębiorstw, które od lat biorą udział w rynku zamówień publicznych, ale także dla całkowicie nowych przedsiębiorstw uczestników w rynku zamówień publicznych.

Istotne zmiany w zamówieniach publicznych dotyczące przedsiębiorców

Kolejna nowelizacja *Ustawy prawo zamówień publicznych* wprowadziła wiele ciekawych zmian, które nie pozostają bez wpływu na przedsiębiorcę, ale także i zamawiającego. Oczywiście nie każde rozwiązanie w świetle przedsiębiorcy będzie dla niego korzystne, ale jak już wcześniej wspomniano, ustawa prawo zamówień publicznych jest instrumentem dla zamawiających i regulującym wydatkowanie środków publicznych. Pomimo tego, warto prześledzić i pokrótce przeanalizować niektóre najistotniejsze zmiany, właśnie pod kątem przedsiębiorcy.

Pierwszą taką zmianę zauważymy w art. 22 *Ustawy prawo zamówień publicznych*⁹. Znowelizowany ustęp drugi art. 22 otrzymał brzmienie: *Art. 22 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.* Nowelizacja tego artykułu była chyba jedną z bardziej wyczekiwanych przez przedsiębiorców. Dzięki tak znowelizowanemu przepisowi przedsiębiorcy będą mogli wykorzystywać potencjał innych przedsiębiorców w sytuacji, gdy sami nie będą dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania. Tak więc umożliwi to ubieganie się o udzielenie zamówienia przedsiębiorcom, którzy w chwili trwania postępowania nie dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zobowiązanie takie będzie oczywiście musiało mieć formę pisemną. Umożliwienie przez ustawodawcę wykonania zamówienia w oparciu o zasoby innych przedsiębiorców w wielu przypadkach wyeliminuje podwykonawstwa, gdyż w niniejszej sytuacji będziemy mieli do czynienia z udostępnieniem potencjału, a nie z wykonaniem części zamówienia przez podmiot trzeci.

Kolejną istotną zmianą jest nowelizacja w art. 24 ust. 1 pkt 1. Znowelizowany przepis otrzymał brzmienie: *Art. 24 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.* Przed wejściem w życie nowelizacji potwierdzeniem, że wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie mógł być każdy środek dowodowy. Do wejścia w życie nowelizacji przedsiębiorca mógł uniknąć wykluczenia z postępowania przetargowego, jeżeli dobrowolnie naprawił szkodę do dnia wszczęcia postępowania lub też wykazał, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia było następstwem okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności. Powyższy przepis sprzed nowelizacji *Ustawy prawo zamówień publicznych* stanowił, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawców, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

⁹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*, Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058.

W świetle znowelizowanego przepisu jedynym dowodem na to, iż przedsiębiorca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie będzie tylko i wyłącznie prawomocne orzeczenie sądu wydane w okresie 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. Konstrukcja powyższego przepisu wzbudzać z pewnością będzie wiele kontrowersji i niezadowolonych samych przedsiębiorców, gdyż każdy wyrok skazujący związany z wyrządzeniem szkody będzie eliminował przedsiębiorcę z postępowania i to bez względu na to, czy szkoda została naprawiona. Jeżeli liczy się tylko i wyłącznie prawomocny wyrok sądu jako podstawa wykluczenia z zamówienia publicznego, to może dojść do sytuacji, w której to zostanie wykluczony z postępowania taki przedsiębiorca, który wykonał zamówienie publiczne nienależycie 6 lat przed dniem wszczęcia postępowania, natomiast wyrok zapadł na mniej niż 3 lata przed dniem wszczęcia postępowania. Równocześnie przedsiębiorca, który wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, nie mając prawomocnego wyroku sądu nie będzie mógł być przez zamawiającego wykluczony z postępowania przetargowego. Wydaje się że powyższe rozwiązanie nie będzie zadowalało potencjalnych wykonawców, jak i zamawiających. Podstawą nowelizacji niniejszego przepisu była trudność w zdobyciu wiarygodnych informacji i dokumentów potwierdzających nierzetelność wykonawcy. Wprowadzenie uznania tylko wyłącznie wyroku sądowego jako podstawy wykluczenia wcale tego problemu nie rozwiąże.

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych znowelizowanych przepisów jest przepis art. 26 ust. 3, który otrzymał brzmienie: *Art. 26 ust. 3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub, którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby umiędzielnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na to, iż ustawodawca sprowadził rolę pełnomocnictwa do zaświadczenia wystawianego przez właściwe organy poświadczające konkretny stan rzeczy. W ten sposób pełnomocnictwo sprowadzono do dokumentu, a nie czynności prawnej, w której mocodawca upoważnia określone osoby do dokonywania w jego imieniu określonych czynności. Równoznaczne jest to z tym, iż jeśli wykonawca nie złoży pełnomocnictwa lub jeżeli złoży je wadliwe, zamawiający będzie zobowiązany wezwać go do uzupełnienia dokumentu. Wydaje się, iż w tym wypadku najrozsądniejszym było by skonstruowanie niniejszego przepisu w związku z pełnomocnictwem w taki sposób, w którym to wzywałoby się mocodawcę do potwierdzenia ważności czynności, jakiej dokonał w jego imieniu pełnomocnik bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu pełnomocnictwa.

Co do zasady złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W tym miejscu rodzi się pewna wątpliwość, gdyż zgodnie z wyrokiem sądu¹⁰ takie dokumenty i oświadczenia mogą być wystawione z datą po upływie terminu składania wniosków lub ofert, jeżeli potwierdzą stan na dzień składania ofert. Problem może pojawić się przy uzupełnieniu dokumentów np. z ZUS, gdyż organ wystawiający dokument o niezaleganiu z opłatami lub składkami na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne nie wyda dokumentu z potwierdzeniem wstecznym. Może zatem warto powrócić do konstrukcji umożliwiającej uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, ale tylko z datą z przed upływem terminu do składania ofert, a może warto w ogóle zrezygnować z możliwości uzupełniania dokumentów i oświadczeń?

Kolejnym ważnym nowym przepisem dla przedsiębiorcy i niezrozumiałym w ocenie autora jest wprowadzenie przepisu umożliwiającego zatrzymanie wadium. *Art. 46 ust. 4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.*

Powyższy przepis umożliwia zatrzymanie wadium, no właśnie kiedy? Wydaje się, iż w odpowiedzi na wezwanie, które zostanie skierowane przez zamawiającego do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, a wykonawca nie uczyni tego, czyli nie uzupełni dokumentów lub oświadczeń po wezwaniu, zostanie zatrzymane przez zamawiającego jego wadium. Ale co się stanie i jakie czynności podejmie zamawiający w sytuacji, w której wykonawca złoży dokumenty lub oświadczenia wymienione w wezwaniu skierowanym do niego przez zamawiającego, ale dokumenty te będą zawierały błędy? Czy w takiej sytuacji wadium wykonawcy też zostanie zatrzymane przez zamawiającego, czy też nie? Analizując niniejszy przepis możemy stwierdzić, że nie, gdyż ustawodawca wyraźnie wskazał, iż zamawiający zatrzyma wadium, jeżeli wykonawca nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o które się do niego zwrócono w wezwaniu. Problem polega niestety na tym, iż interpretacja niniejszego przepisu przez wielu zamawiających jest taka, że uzupełnienie błędne oświadczeń lub dokumentów jest równoznaczne z niezłożeniem dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście jest pewien ratunek dla wykonawców by nie stracić w takiej sytuacji wadium, udowodnienie zamawiającemu, iż niezłożenie dokumentów lub oświadczeń w związku z wezwaniem, wynika z przyczyn nieleżących po ich stronie, ale w odczuciu autora może to być bardzo trudne.

Literatura

1. Borowiec A., *Zamówienia publiczne jako instrument wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Wydawnictwo Politechniki Poznańskiej, Poznań 2008.

¹⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r., Sygn. Akt X Ga 2/07; X Ga 4/07: *Niemniej jednak zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, co tym samym uniemożliwiałoby zamawiającemu ocenę spełnienia przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Celem bowiem złożenia oświadczeń i warunków jest uzyskanie przez zamawiającego niezbędnej wiedzy na temat zdolności wykonawcy do realizacji zadania objętego zamówieniem publicznym. Skoro więc z dokumentów wynika, iż wykonawca posiada możliwości do wykonania zamówienia to nie ma znaczenia, że dokumenty potwierdzające ten fakt na dzień otwarcia ofert zostały wystawione po tej dacie.*

2. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, Dz. U. nr 188, poz. 1155.
3. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień w Polsce w 2007 roku*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007.
4. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r., nr 171, poz. 1058.

Summary

ENTREPRENEUR AND PUBLIC CONTRACTS

The present article takes up questions related with the role of public contract and its effect on the entrepreneur. It presents both a short analysis of public contract's influence on the entrepreneur and the actual essence of public contract. The article also performs a brief analysis of some regulations of the Public Procurement Law's Act which effect on the entrepreneur's position most.